

CONTROLE JUDICIAL DOS LIMITES DO PODER NORMATIVO DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

ELIANA CALMON ALVES *

Ministra do Superior Tribunal de Justiça

I – INTRODUÇÃO

O Brasil tinha um péssimo serviço público, burocrático, centralizador, ineficiente, moroso e caro, até que, em 1967, com o Decreto-Lei 200, veio a primeira tentativa de reforma, cuja pedra de toque foi a FLEXIBILIZAÇÃO DA ATUAÇÃO ESTATAL, por meio de entes descentralizados: autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas.

A descentralização continuou por toda a década de 80, quando a intervenção do Estado na economia atingiu um gigantismo preocupante. A máquina estatal passou a ressentir-se com a perda de controle e os setores descentralizados foram se tornando tão ou até mais burocratizados do que os entes centralizados (União, Estados e Municípios), com grande interferência da política partidária, provocando o seccionamento da Administração a cada mudança de mandato, perdendo-se, assim, a característica maior da reforma administrativa: a continuidade da política administrativa.

A Constituição Federal de 1988 elege a eficiência como princípio maior a ser seguido e posiciona a Administração Pública em duas vertentes: política de privatização e desburocratização da máquina estatal.

Nessa etapa, fortalece-se a associação entre serviço público e iniciativa privada, inclusive com a participação do capital estrangeiro. Não



houve mudança estrutural no panorama administrativo, sendo adotadas apenas medidas paliativas para amenizar o gigantismo estatal.

A grande reforma veio com a Emenda Constitucional n. 06, de agosto de 1995, inserindo um novo conjunto de idéias, chamada de REFORMA GERENCIAL, com importantíssimas alterações, dentre as quais a criação das agências reguladoras ou autarquias especiais. Esta reforma tornou-a um marco na história do Direito Público.

Concebeu-se a criação de entes semelhantes aos autárquicos para figurarem como uma espécie de longa mão do Estado na coordenação e normatização dos serviços básicos, a serem desempenhados por empresas de capital privado, saindo o Estado de setores básicos da economia de forma gradual. Adota-se, então, o chamado SISTEMA REGULATÓRIO.

A vantagem maior do novo sistema concebido foi o distanciamento das agências da política partidária, independente do Executivo, na hierarquia de poder e sem subordinação ao poder econômico do capital privado representado pelas concessionárias.

As decisões são tomadas por um colegiado que se manteria arraigado à técnica, visando a obtenção da continuidade na administração, livre das peias burocráticas e da política partidária, com a fiscalização das concessionárias do serviço público, das associações de usuários e dos consumidores.

Com a EC 19, de 1998, mais uma peça se agrega ao novo modelo, fortalecendo-o: é adotado o CONTRATO DE GESTÃO.

O modelo, após dez anos de implantação, começou a apresentar dificuldades, especialmente quando da ascensão do Governo Lula, onde o maior questionamento foi a falta de poder pela terceirização dos serviços.



Aliado à crítica política, surge a inevitável influência cultural brasileira: a transferência da burocracia do velho sistema, com excesso de agências e a fragilização dos meios de controle.

Críticas à parte, impregnadas de ideologia, cabe aqui enfrentar o ponto central do tema proposto: a FUNÇÃO REGULADORA e seus limites.

II – A FUNÇÃO REGULADORA

A pedra de toque da regulação está no art. 174 da CF que atribui ao Estado o papel de agente NORMATIVO e REGULADOR DA ATIVIDADE ECONÔMICA.

Indaga-se, então:

1º) Quais as atribuições estatais incluídas na REGULAÇÃO?

2º) Quais os limites desta atribuição em face das agências reguladoras?

A regulação é espécie de intervenção intermediária do Estado, pela qual deixa-se livre a atuação das leis de mercado, intervindo o Governo apenas para extinguir desvios.

Em última palavra, regulação é atividade que envolve competência para estabelecer regras de conduta, fiscalizando, reprimindo, punindo, resolvendo conflitos.

Todas essas atividades podem ser desempenhadas pelas entidades que integram a administração direta ou indireta, como é o caso das agências, porque se assim não fosse não poderiam cumprir os seus objetivos.

Mas a pergunta que se faz é a seguinte: têm as agências reguladoras competência para baixar atos normativos?

Doutrinariamente, há opiniões contraditórias e sérias incertezas quanto aos limites da função reguladora das agências, no que diz respeito ao estabelecimento de regras. E a divergência existe à medida em que se dá ênfase a dois aspectos fundamentais: o primeiro diz respeito à imprescindível necessidade de reconhecer PODER NORMATIVO a órgãos e entidades da Administração Pública e o segundo está no fato de a CF ter definido as competências normativas de forma exaustiva, sem deixar espaço para interpretação extensiva. Embora taxativa, deixa a CF algumas brechas como por exemplo:

1) Art. 87, parágrafo único, inciso II – competência aos Ministros de Estado para expedir instruções para execução das leis, decretos e regulamentos;

2) Art. 207 - deu autonomia às Universidades nos aspectos que especifica;

3) Art. 21, XI - previu o órgão regulamentador das telecomunicações;

4) Art. 177, § 2º, III - previu o órgão regulamentador do petróleo;

Em outras palavras, o poder normativo foi outorgado de forma expressa, quando assim quis o legislador constitucional, o que não autoriza o intérprete a estender tal poder.

Diante da necessidade de munirem-se as agências do poder normativo da inflexibilidade da Constituição, procura a doutrina uma fundamentação jurídica para estender a atividade normativa às agências. Afinal, quem fiscaliza, incentiva e planeja deve ter o poder normativo.

Entretanto, o embate acaba na Constituição e na observância aos princípios da legalidade e da segurança jurídica, pois só o Poder Executivo é detentor do poder regulamentador.

Até mesmo a excepcional outorga de delegação de baixar normas de regulação dos setores das telecomunicações e do petróleo, previstas na CF (arts. 21, XI e 177, § 2º, III, respectivamente), deve preocupar-se com a questão da hierarquia das normas, priorizando-se as normas regulamentares baixadas pelo Chefe do Poder Executivo, titular único da função.

Para solucionar o problema passa-se a considerar o regulamento como ato estatal unilateralmente imposto, baixado para dar cumprimento à lei, sem possibilidade de delegação. É uma espécie de novo tipo o regulamento baixado pelas agências, fruto de negociação e de consenso, com a participação dos interessados. Mercê da legitimidade, coloca-se em nível hierárquico inferior às normas estatais.

Tais atos normativos podem conter regra de conduta futura, genérica e abstrata, semelhantes a uma lei, mas podem ser também, atos normativos de efeitos concretos, ou seja, apresentam-se como ATOS NORMATIVOS, mas têm conteúdo de ATO ADMINISTRATIVO, ao disciplinarem caso concreto, solucionando situações irregulares, tais como, quebra do equilíbrio do mercado, afetação à concorrência, etc. Podendo, ainda, serem atos normativos de mera interpretação ou explicitação de natureza eminentemente técnica.

Assim identificados os tipos de atos normativos, vejamos os seguintes limites:

III – LIMITES DA FUNÇÃO REGULADORA

A visão clássica do Direito Administrativo assenta-se no entendimento de que tudo que não está proibido é permitido, mas a Administração só pode agir de acordo com a lei que expressamente a autorize. É o princípio da legalidade, pois só a lei pode criar lícitas obrigações.

Em relação às agências reguladoras, adotou o Brasil o modelo norte-americano, mas distanciou-se do paradigma ao vedar às agências o poder normativo. Dentro desse quadro, deve-se adotar algumas regras básicas:

1º) colocar em prática os poucos instrumentos de participação previstos nas leis instituidoras das agências;

2º) embora não se possa aceitar a delegação fora da lei, por imposição constitucional, criou-se a figura da delegação limitada, cujos padrões de controle estão na própria lei instituidora;

3º) abrandamento do dogma da intangibilidade do mérito administrativo, examinando-se a finalidade para averiguar se houve ou não desvio de poder, sendo certo que se desenvolvem tais atividades tendentes a incentivos, planejamentos, fomentos e fiscalização;

4º) possibilidade de se reconhecer às agências, como sempre ocorreu em relação a outros órgãos, tais como ao Conselho Monetário Nacional, ao Banco Central, ao Conselho Nacional de Educação, etc., o poder de interpretar e explicitar conceitos técnicos da lei, em regulamento;

Entretanto, é preciso estar atento para o fato de que o poder regulamentar atribuído às agências pode ensejar a possibilidade de estas elaborarem não só normas RESTRITIVAS DA LIBERDADE DE AÇÃO DOS ENTES REGULADOS, mas também aplicação de sanções pelo

descumprimento dos regulamentos. Daí a necessidade do controle jurisdicional;

5º) observar, na avaliação do princípio da legalidade, que a Constituição não é mera carta de intenções, pugna a Carta por uma atuação ativa do Estado para atingir os seus objetivos;

6º) observar, sempre e sempre os princípios da proporcionalidade e da legalidade, que no dizer do Professor Luis Roberto Barroso são idênticos em sua substância;

7º) observar, finalmente, na aplicação da norma a:

a) adequação (restringe-se em nome do interesse público);

b) necessidade (inexistência de meio menos gravoso para atingir a finalidade);

c) proporcionalidade *strito sensu* (mediação entre os benefícios coletivos e a restrição).

Como se pode verificar, é impossível que o controle da constitucionalidade se faça no plano meramente JURÍDICO ABSTRATO, pois a base fática conduzirá o julgamento com os motivos vinculantes e determinantes. O único perigo, dentro dessa interpretação, é o casuísmo, abandonando-se os critérios de impessoalidade.

